



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.323 - SP (2015/0309604-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : L M
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L M (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. Ocorrência. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. ADMISSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGALIDADE PATENTE CONSTATADA. **3.** ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. O *habeas corpus* não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

4. Na segunda fase da dosimetria o Magistrado, no que foi acompanhado pelo Tribunal, desconsiderou a atenuante da confissão espontânea - art. 65, inc. III, alínea "d", do Código Penal -, em razão da ocorrência do flagrante e porque apenas houve reconhecimento parcial dos fatos. Todavia, "nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réus, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante." (HC n. 237.252/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 26/2/2014).

5. Não se pode olvidar que, no caso, o regime fechado é o único cabível em virtude da incidência da regra do concurso material, bem como pelo disposto no art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e estabelecê-la definitiva em 16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.323 - SP (2015/0309604-1)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : L M
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L M (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

**O EXMO.SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
(RELATOR):**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício próprio por L. M., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São.

Consta dos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 25 (vinte e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática da conduta descrita no art. 217-A, por duas vezes, c/c o art. 69, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal de origem, no julgamento do apelo do réu, negou provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, o édito condenatório (e-STJ fls. 69/120).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo objetiva com a presente impetração a absolvição do paciente, redimensionamento da pena e alteração do regime.

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 69/120).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (e-STJ fls. 133/135), opinou pelo não conhecimento da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.323 - SP (2015/0309604-1)

VOTO

O EXMO.SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
(RELATOR):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Passo, portanto, à análise de eventuais ilegalidades.

De início, registro que o *habeas corpus* não é meio próprio para pretensão absolutória, porque trata-se de intento que demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do *writ*.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO. RECEPÇÃO. QUADRILHA. REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- A Corte de origem não conheceu de revisão criminal interposta por entender que a condenação se consumou com lastro probatório suficiente. Rever essa premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório, procedimento inviável em *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A absolvição do paciente, ante a insuficiência de provas quanto à autoria delitiva, requer o reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio constitucional, que é caracterizado pelo rito célere e cognição sumária.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 349.795/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 05/04/2016) (grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. REEXAME FÁTICO- PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIDA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal da Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Paciente condenado à pena 07 anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 666 dias-multa, como incurso nos artigos 33, caput, c.c artigo 40, inciso III e VI da Lei n.º 11.343/2006, porque surpreendido na posse, para fins de mercancia ilícita, de 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.

4. A absolvição do Paciente requer reexame fático-probatório, avaliação esta imprópria de ser realizada em via de habeas corpus, remédio de rito célere e de cognição sumária. Precedentes.

5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente justificada no acórdão hostilizado, uma vez que levou em consideração a natureza e a quantidade de drogas apreendidas - 20 pedras de crack e 30 cápsulas de cocaína.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O Tribunal estadual, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, reconheceu que o Paciente não faria jus à aplicação da minorante inserta no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, porque ele se dedicava à atividade criminosa. Rever tal posição demandaria inarredável dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.

7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 277.239/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014) (grifei).

No que toca ao pretendido redimensionamento da pena, é sabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Nesse sentido: HC n. 252.449/DF – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 9/6/2014; HC n. 152.775/PR – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Jorge Mussi – DJe 1/9/2011.

Sobre a dosimetria, a sentença condenatória, mantida pelo Tribunal a quo, assim dispôs (e-STJ fls. fls. 85/91):

3.1. Passo a dosar as penas para LUCAS MARÇAL. Neste ponto, vale anotar que tratarei dos dois estupro cometidos pelo acusado.

3.1.1. Primeira fase da dosimetria.

Consiste na fixação da pena-base (art. 68, primeira parte, do CP), atendendo-se às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) que passo a examinar:

a) Culpabilidade: é o juízo de reprovabilidade entendido pela soma das demais circunstâncias judiciais (REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 3. ed. Forense, 2009. p. 406). A esse respeito, não há ponderações além daquelas a serem efetuadas nas demais.

b) Antecedentes: neste caso, presumem-se bons antecedentes, pois não há qualquer certidão de condenação transitada em julgado por fato anterior, sendo vedado o uso de inquéritos e ações em curso para agravar a pena-base (súmula 444 do e. STJ).

c) Conduta social: "Por conduta social se entende o comportamento do sujeito no meio familiar, no ambiente de trabalho e na convivência com os outros indivíduos" (Damásio de Jesus - Direito Penal - vol 1 - Parte Geral - art. 1 ao art. 120 - 33ª edição - Saraiva - 2012, p. 601). Conforme consta dos boletins de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atendimento (fls. 62/90). do laudo psicossocial (fls. 316ss) e das demais provas orais (fls. 289ss), sobretudo da vítima (fls. 273ss), o acusado tinha o costume de levá-la com outras crianças para sua residência e assistir junto delas a filmes pornográficos, o que remete à sua conduta depravada e sem freios morais. É óbvio que o fato de o sujeito cometer estupro de vulnerável já remonta seu proceder repugnante, mas nesse caso há elementos circunstanciais que vão além dos atos de conjunção carnal (sexo anal). Leia-se, era useiro e vezeiro em levar menores para sua casa para fins de satisfação de sua lascívia. São dados circunstanciais que podem e, no caso, devem servir para agravar a pena. Interpretar o contrário é negar vigência ao artigo 59 do CP.

Personalidade: corresponde ao perfil subjetivo, tanto que a "expressão personalidade é empregada pelo CP como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinqüente, incluindo a periculosidade" (idem). Como se depreende dos laudos sobre o gabinete do computador do réu e sobre um Cardoso-ROM (fls. 191/258), o acusado é nada mais nada menos que um pedófilo. Leia-se, delinqüente da pior espécie. Se houver uma escala entre os indivíduos de personalidade repugnante, os pedófilos e pederastas estão entre os piores, sendo o caso do réu. Para tal constatação, basta conferir - pra quem tiver estômago - as fotos de fls. 191/258.

e) *Motivos:* são as razões da conduta que já não representem agravante, atenuante, causa de aumento, de diminuição ou qualificadora. Neste ponto, nenhum juízo significativo foi encontrado para esta fase da dosimetria. pois a satisfação da própria lascívia é inerente à motivação.

f) *Circunstâncias:* são dados secundários e que não integram a estrutura do tipo penal, apreciadas desde que já não representem agravante, atenuante, causa de aumento, de diminuição ou qualificadora. No caso, segundo se extrai do depoimento da vítima (fls. 277ss), o acusado tinha o costume de presenteá-la, sobretudo com dinheiro, após os estupros. É outro detalhe a agravar sua conduta. E há mais. A vítima possuía em torno de 9 (nove) anos na data dos fatos, não 10 (dez), 11 (onze), 12 (doze) ou 13 (treze). Nove. É dado circunstancial que torna ainda mais asquerosa sua conduta, pois quanto mais nova é a criança, mais covardes se tornam seus atos. Leia-se, não ha como ignorar nesta etapa a valoração da idade da vítima, que vai dos recém- nascidos aos menores de 14 (catorze) anos.

g) *Conseqüências:* correspondem ao mal causado e que transcenda ao resultado típico, de modo que é natural ao próprio delito a causação de trauma à vítima, sobretudo tratando-se de criança. Neste ponto, entretanto, conforme boletins de atendimento (fls. 62/90), laudo psicossocial (fls. 316ss), demais provas orais (fls. 280ss) e, principalmente, do depoimento da vítima (fls. 273ss), traduz-se que só com bastante esforço conseguiu ela expor a situação, com seqüelas bem maiores, pois possuía, como já dito, em torno de 9 (nove) anos na data dos fatos, não 10 (dez), 11 (onze), 12 (doze) ou 13 (treze). É dado circunstancial que remonta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a conseqüências mais intensas que em situações outras deste jaez.

h) Comportamento da vítima: não qualquer houve influência por parte da conduta da ofendida.

Analisadas as circunstâncias judiciais, registro que o preceito secundário comina a seguinte pena em abstrato: "reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" (art. 217-A do Código Penal). Tendo em conta todas as ponderações listadas (sobretudo os itens "c", "d", "i" e "g"), julgo prudente fixar a pena-base acima do mínimo legal em 2/3 (dois terços) do intervalo entre o piso e o teto, resultando em "12 (doze) anos e 8 (oito) meses de reclusão".

Considerando que os dois estupros cometidos pelo acusado LUCAS MARÇAL foram contra a mesma vítima, com a diferença apenas de o primeiro ocorreu na residência dele (localizada na Chácara dos Correios, na cidade de Cardoso, em data incerta); e o segundo no dia 25 de agosto de 2011. por volta das 19h50, na estrada vicinal Eugênio Vanzei, na zona rural do município de Mira Estrela; não há circunstância digna de nota que faça diferenciar as penas-bases entre esses dois delitos. Vale dizer, restam fixadas em "12 (doze) anos e 8 (oito) meses de reclusão" as penas, individualmente, face a cada um desses dois delitos.

Em obediência ao critério da proporcionalidade, cumpre destacar que a fração arbitrada de 2/3 (dois terços) incidiu sobre o equivalente ao intervalo entre o mínimo e o máximo cominados, equivalente a 7 (sete) anos, cujo produto foi somado ao piso de 8 (oito) anos de reclusão, chegando-se ao valor definitivo da pena-base.

3.1.2. Segunda fase da dosimetria.

Nesta etapa, avalia-se a presença de eventuais circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66) e agravantes (art. 61 e 62), atendendo-se ao art. 68, todos do CP. No caso, verifico que:

a) Nenhuma das circunstâncias atenuantes

(arts. 65 e 66) está presente.

b) Nenhuma das circunstâncias agravantes

(arts. 61 e 62) está presente.

Oportuno ponderar que, em se tratando de situação decorrente de flagrante, descabe cogitar da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), pois tem como objetivo colaborar na elucidação da verdade real (Nesse sentido: STF - HC 101.861/MS, rei. Min. Marco Aurélio, 1- Turma, julgamento em 13/02/2011). Além disso, não configura a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP, quando o acusado reconhece parcialmente os fatos, porquanto, em vez de "colaborar com o Judiciário no deslinde do fato, torna ainda mais difícil a elucidação do caso" (Nesse sentido: STF - HC 102.002/RS, rei. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgamento em 22/10/2011; e HC 108148/MS, rei. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, julgamento em 1/7/2011).

Posto isso, em vista da inexistência de quaisquer agravantes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes, mantenho o estabelecido na etapa anterior.

3.1.3. Terceira fase da dosimetria.

Nesta etapa, verifica-se a incidência de eventuais causas específicas ou genéricas de aumento e de diminuição, atendendo-se ao art. 68 do CP, além do regime inicial e da possibilidade de substituição ou suspensão condicional.

No caso, nenhuma causa de aumento ou de diminuição está presente, razão pela qual mantenho o estabelecido na primeira fase da dosimetria. Ademais, tal como dito acima, não há circunstância digna de nota que faça diferenciar as penas entre os dois delitos. Vale dizer, restam fixadas em "12 (doze) anos e 8 (oito) meses de reclusão" as penas para cada um desses dois delitos.

Considerando que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes idênticos, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido (concurso material homogêneo), as quais, somadas, resultam em "25 (vinte e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão".

Em observância aos critérios previstos no art. 59 do CP, já minuciosamente examinados (art. 33, § 3º, do CP), à natureza de reclusão da pena cominada, à condenação superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2º, "a"), bem como à imposição do art. 2º. § 1º. da Lei n.º 8.072/90.

deverá a privativa de liberdade ter seu cumprimento iniciado em regime fechado. Precedente: TJSP - Apelação nº 0032835-84.2008.8.26.0576, 9ª Câmara Criminal, Rei. Des. Penteado Navarro, julgamento em 15/12/2011.

Em razão do montante da pena e da hediondez (art. 1º, VI, da Lei n.º 8.072/90), descabe substituição por restritiva ou suspensão condicional (arts. 44,1, e 77, caput, do CP).

Ao que se tem dos autos, a sentença condenatória valorou negativamente as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, conduta social, personalidade, circunstâncias e consequências do crime; o que autoriza a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 2/3 (dois terços), a meu ver de forma razoável e proporcional, não havendo falar, portanto, em ilegalidade qualquer a ser sanada no ponto.

Na segunda fase, contudo, o Magistrado desconsiderou a atenuante da confissão espontânea - art. 65, inc. III, alínea "d", do Código Penal -, em razão da ocorrência do flagrante e porque apenas houve reconhecimento parcial dos fatos. Todavia, "nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão dos réus, ainda que parcial (qualificada) ou retratada, for utilizada pelo magistrado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante." (HC n. 237.252/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 26/2/2014).

No caso, indubitavelmente, o paciente confessou a prática do crime e tal fato serviu de base para a sua condenação, como se verifica no seguinte trecho do édito condenatório (e-STJ fl. 79):

*Como se não bastasse, o acusado também estuprou a criança no dia 25 de agosto de 2011, por volta das 19h50, na estrada vicinal Eugênio Vanzei, na zona rural do município de Mira Estrela, Tal fato foi confirmado não só pela vítima (fls. 277), **mas também pelo próprio réu (fls. 19ss e 299ss)** e por policiais militares (fls. 280ss). (grifei)*

Por essa razão, tenho que de incidência a referida atenuante, razão pela qual a pena do paciente deve ser reduzida na proporção de 1/3 (um terço), ficando estabelecida em 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Não há causa de aumento ou diminuição de pena.

Por fim, considerando o concurso material homogêneo entre os crimes, estabeleço apenas definitiva do paciente em **16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão.**

No que diz respeito à alteração do regime prisional, tem-se que o mesmo foi estabelecido pela sentença, e mantido pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos (e-STJ fl. 96):

Em observância aos critérios previstos no art. 59 do CP, já minuciosamente examinados (art. 33, § 3º, do CP), à natureza de reclusão da pena cominada, à condenação superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2º, "a"), bem como à imposição do art. 2º. § 1º. da Lei n.º 8.072/90. deverá a privativa de liberdade ter seu cumprimento iniciado em regime fechado. Precedente: TJSP - Apelação nº 0032835-84.2008.8.26.0576, 9ª Câmara Criminal, Rel. Des. Penteado Navarro, julgamento em 15/12/2011. Em razão do montante da pena e da hediondez (art. 1º, VI, da Lei n.º 8.072/90) descabe substituição por restritiva ou suspensão condicional (arts. 44,1, e 77, caput, do CP).

Sobre esse tema, cumpre ressaltar que o Plenário do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados.

Confira-se, a propósito, a ementa do julgado:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que 'a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Nesse julgamento, lembrou o Relator, Ministro Dias Toffoli, que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". Destacou, outrossim, "que tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo".

Não obstante tal entendimento, não se pode olvidar que, no caso, o regime fechado é o único cabível em virtude da incidência da regra do concurso material, bem como pelo disposto no art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para redimensionar a pena do paciente, para estabelecê-la em definitivo em **16 (dezesseis) anos, 10 (dez) meses e 20 (dias) de reclusão**, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0309604-1

HC 344.323 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00248068020158260000 02351740920118260000 20150000711598 2351740920118260000
248068020158260000

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : L M
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L M (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.